

WYROK

z dnia 19 października 2018 r.

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Bartosz Stankiewicz

Protokolant: Marcin Jakóbczyk

po rozpoznaniu na rozprawie w dniu 18 października 2018 r. w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 27 września 2018 r. przez wykonawcę J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu przy ul. Władysława Łokietka 4 (41-933 Bytom) w postępowaniu prowadzonym przez Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Gliwicach przy ul. Płowieckiej 31 (44-121 Gliwice)

przy udziale wykonawców:

A. K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą 2B K. B. z siedzibą w Gliwicach przy ul. Ligonii 37 lok. 3a (44-100 Gliwice);

B. Remondis Gliwice Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach przy ul. Kaszubskiej 2 (44-100 Gliwice);

zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego

orzeka:

1. Umarza postępowanie odwoławcze w zakresie zarzutów dotyczących Rejonu 2 zamówienia oraz zarzutu naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 Pzp w związku z wycofaniem zarzutów w przedmiotowym zakresie;

2. W pozostałym zakresie oddala odwołanie;

3. Kosztami postępowania obciąża odwołującego - J. W. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu i:

3.1. zalicza w poczet kosztów postępowania odwoławczego kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy) uiszczoną przez odwołującego tytułem wpisu od odwołania;

3.2. zasądza od odwołującego na rzecz zamawiającego Zarządu Dróg Miejskich z siedzibą w Gliwicach kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy), stanowiącą koszty postępowania odwoławczego poniesione z tytułu wynagrodzenia pełnomocnika.

Stosownie do art. 198a i 198b ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.) na niniejszy wyrok - w terminie 7 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w Gliwicach.

Przewodniczący:

Sygn. akt: KIO 1944/18

Zarząd Dróg Miejskich z siedzibą w Gliwicach zwany dalej: „zamawiającym”, prowadzi w trybie przetargu nieograniczonego postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. - Dz. U. z 2017 r., poz. 1579 ze zm.), zwanej dalej: „Pzp” pn. „Zmowe

utrzymanie dróg na terenie Miasta Gliwice w latach 2018 - 2020” (Numer referencyjny: ZDM.26.11.2018), które zostało podzielone na 12 części (rejonów).

Ogłoszenie o zamówieniu zostało opublikowane w Dzienniku Urzędowym Unii

Europejskiej w dniu 20 lipca 2018 roku, pod numerem 2017S 138-315509.

Szacunkowa wartość zamówienia, którego przedmiotem są usługi, jest wyższa od

kwot wskazanych w przepisach wykonawczych wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp.

Wykonawca J. W. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usługowy Konserwacja Terenów Zielonych J. W. z siedzibą w Bytomiu zwany dalej: „odwołującym” w dniu 27 września 2018 roku wniósł odwołanie odnośnie rejonów nr 2, 4 i 9, w którym zarzucił zamawiającemu naruszenie następujących przepisów:

1) art. 7 ust 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasady dotyczącej przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców, w tym w szczególności w związku z dokonaniem

wyboru najkorzystniejszych ofert w rejonie 2, 4 i 9 bez dokonania oceny tych ofert w

zakresie rażąco niskiej ceny;

2) art 90 ust 1 Pzp poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jak i jej elementów pomimo zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 90 ust.

1 a) Pzp;

3) art. 89 ust. 1 pkt. 4 ustawy Pzp poprzez zaniechanie odrzucenia:

- w zakresie rejonu 2 oferty wykonawcy M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. oraz wykonawcy K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą 2B K. B.;

- w zakresie rejonu 4 oferty wykonawcy K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą 2B K. B.;

- w zakresie rejonu 9 oferty wykonawcy REMONDIS GLIWICE Sp. z o.o. oraz wykonawcy K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą 2B K. B.,

które podlegają odrzuceniu jako oferty zawierające rażąco niskie ceny;

4) art. 8 ust. 3 w związku z art. 7 Pzp, poprzez zaniechanie odtajnienia wyjaśnień złożonych w ramach postępowania w rejonie 1 pomimo, że wyjaśnienia nie stanowią tajemnicy przedsiębiorstwa.

W związku z postawionymi zarzutami odwołujący wniósł o:

- nakazanie zamawiającemu unieważnienia czynności wyboru najkorzystniejszej oferty w rejonach 2, 4 i 9 oraz nakazanie zamawiającemu wezwania do złożenia wyjaśnień rażąco niskiej ceny;

- ewentualnie nakazanie zamawiającemu odrzucenia ofert wykonawców wskazanych

powyżej w zarzucie nr 3;

- nakazanie zamawiającemu, dokonania ponownej oceny ofert, dokonania wyboru jako najkorzystniejszej jego oferty w rejonie 2, rejonie 4 i rejonie 9;

- nakazanie zamawiającemu odstąpienia wyjaśnień złożonych przez wykonawcę M. K. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych DROMAR M. K. w ramach rejonu 1;

- zasądzenie kosztów postępowania odwoławczego w tym kosztów zastępstwa procesowego.

Odwołujący wskazał, że w interesie każdego wykonawcy ubiegającego o zamówienie publiczne, jest dążenie do tego, aby postępowanie to toczyło się zgodnie z zasadami wynikającymi z Pzp. Jego zdaniem w niniejszym postępowaniu zamawiający dokonał wyboru ofert najkorzystniejszych z naruszeniem prawa, w tym w szczególności w związku z zaniechaniem należytej oceny tych ofert, brak weryfikacji rażąco niskiej ceny, a w konsekwencji zaniechanie odrzucenia ofert w oparciu o przepis art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp. Ponadto rażąco niskie ceny w odniesieniu do wszystkich ww. rejonów (2, 4 i 9) oraz do wszystkich ww. wykonawców są ewidentne a jedynie brak dokonania badania ofert w tym zakresie spowodował, że jego oferta nie została uznana za najkorzystniejszą. Odwołujący podał, że złożył ofertę zgodną z przepisami prawa i nie podlegającą odrzuceniu z żadnej z przesłanek wynikających z art. 89 ust. 1 Pzp i tym samym poniósł realną szkodę w postaci braku uzyskania przedmiotowego zamówienia.

Zdaniem odwołującego zgodnie z orzecznictwem oraz poglądami doktryny co do zasady wykonawca nie może zaoferować przedmiotu zamówienia za cenę niższą niż koszty jego wytworzenia. Rażąco niską ceną jest oferowanie towarów poniżej kosztów zakupu lub wytworzenia albo oferowanie usług za symboliczną kwotę, tak że oczywiste jest, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby dla niego nieopłacalne. Rażąco niska cena jest to cena niewiarygodna, oderwana całkowicie od realiów rynkowych a także zaoferowanie ceny, której realizacja nie pozwala na utrzymanie rentowności przy wykonywaniu określonych czynności. Zgodnie z treścią art. 90 ust. 1 Pzp zamawiający jest zobowiązany do zwrócenia się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień, w tym złożenie dowodów dotyczących wyliczenia ceny lub kosztu w każdym przypadku, kiedy one lub ich części składowe wydadzą mu się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i będą budziły wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego lub wynikającymi z odrębnych przepisów. Przepis ten ma na celu wyeliminowanie niedozwolonego manipulowania strukturą kosztów wykonania zamówienia, polegającą na zaniżaniu wartości części elementów składowych zamówienia. Wątpliwości zamawiającego powinna wzbudzić gdy rażąco niska wydaje się cena lub koszt całości zamówienia, danej części składowej zamówienia, jego etapu lub elementu. Ustawodawca w Pzp określił reguły, w których zamawiający winien wezwać wykonawców do złożenia wyjaśnień. Przepis art. 90 ust. 1a Pzp wskazuje, że w przypadku gdy cena całkowita oferty jest niższa o co najmniej 30% od wartości zamówienia powiększonej o należny podatek od towarów i usług, ustalonej przed wszczęciem postępowania zgodnie z art. 35 ust. 1 i ust. 2 Pzp lub średniej arytmetycznej cen wszystkich złożonych ofert, zamawiający zwraca się o udzielenie wyjaśnień o których mowa w ust. 1, chyba że rozbieżność wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia. Rozumienie tego przepisu jest jednoznaczne i nie budzi już żadnych wątpliwości, że ustawodawca zobowiązał zamawiającego do badania tego istotnego elementu ofert zawsze, gdy co najmniej zachodzi jedna z okoliczności wskazanych w art. 90 ust. 1a pkt 1) Pzp. i ewentualnie również wtedy gdy zamawiający uzna, że zachodzą okoliczności wskazane w art. 90 ust. 1a pkt. 2) Pzp. Obowiązek żądania wyjaśnień aktualizuje się w przypadku powzięcia przez zamawiającego wskazanych wątpliwości zatem zwrócenie się przez zamawiającego do wykonawcy o udzielenie stosownych wyjaśnień oraz dowodów należy do elementu oceny ofert w ramach weryfikacji w zakresie przesłanej odrzucenia.

W ocenie odwołującego w niniejszym postępowaniu zamawiający zaniechał oceny ofert w tym zakresie. Dalej odwołujący wskazał, że po wyborze ofert zamawiający udostępnił mu załącznik do protokołu „Wyliczenie wartości zamówienia”. Wskazane tam wartości zostały także odczytane na otwarciu ofert jako wartości jakie zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Tak więc wartości te są jedynymi, które zdaniem zamawiającego stanowią wartość zamówienia w niniejszym postępowaniu.

Następnie odwołujący wyjaśnił, że:

- dla rejonu 4 zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 2.640.000 zł natomiast cena wybranej oferty wykonawcy K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą

2B K. B. wynosiła 1 701 700,00 zł i jest niższa o ponad 35% od wartości zamówienia jaką wskazał zamawiający. Tak więc istniał obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień;

- dla rejonu 9 zamawiający oszacował wartość zamówienia na kwotę 1.650.000 zł natomiast cena wybranej oferty wykonawcy REMONDIS Gliwice Sp. z o.o. wynosiła 885.710,00 zł i jest niższa o ponad 48% od wartości zamówienia jaką wskazał zamawiający. Tak więc mając na uwadze wyżej wskazane stanowisko dotyczące wezwania istniał obowiązek wezwania do złożenia wyjaśnień.

Odwołujący wyjaśni, że wskazał jedynie na wartości całkowite złożonych ofert, jednakże w stosunku do wszystkich wykonawców, w tym również do wykonawcy K. B. prowadzącego działalność gospodarczą pod nazwą 2B K. B. w rejonie 9 istnieje obowiązek wezwania w odniesieniu do elementu ceny jakim jest „cena za przejazd jednorazowy”.

Następnie odwołujący podkreślił, iż istotne dla stwierdzenia, że istniał obowiązek wezwania przez zamawiającego jest to, że wartości zamówienia jakie zostały wskazane w załączniku „Wyczenie wartości zamówienia” zostały dokonane błędnie. Gdyby bowiem zamawiający dokonał szacowania w sposób należyty to rozbieżności byłyby jeszcze większe. Jego zdaniem wartość zamówienia przez zamawiającego została wyciszona z podziałem na poszczególne rejonu przy uwzględnieniu jedynie ilości „Akcji zima”. Wynika to z treści tego dokumentu, gdzie w kolumnie nr 3 tabeli podano ilość „Akcji zima” dla poszczególnych rejonów, i tak w przypadku rejonów od 1 do 11 ustalono i uwzględniono w obliczeniu jeden rodzaj usługi w ilości 55 „Akcji zima”, a dla Rejonu 12 ustalono i uwzględniono jeden rodzaj usługi w ilości 225 „Akcji zima”. Wskazane ilości i rodzaj usług, to tylko część przedmiotu zamówienia, bowiem wykonawcy mieli obowiązek podać cenę dodatkowo jeszcze za inne czynności realizowane w ramach zamówienia.

Dla rejonu 4 - formularz Załącznik nr 1 odwołujący ustalił, że przedmiot zamówienia składa się z 4 rodzajów usług w różnych ilościach:

- doba prowadzenia „Akcji zima” - szacowana ilość 60;
- przejazd jednorazowy - szacowana ilość 100;
- doba prowadzenia „Akcji zima” w rejonie 4a — szacowana ilość 110;
- pozimowe zamykanie rejonu - szacowana ilość 2.

Natomiast dla rejonu 9 - formularz Załącznik nr 1 ustalił, że przedmiot zamówienia składa się z 4 rodzajów usług w różnych ilościach:

- doba prowadzenia „Akcji zima” - szacowana ilość 60;
- przejazd jednorazowy - szacowana ilość 100;
- doba prowadzenia „Akcji zima” w rejonie 9a - szacowana ilość 110;
- pozimowe zamykanie rejonu - szacowana ilość 2.

Z powyższych ustaleń odwołujący wywiódł, że gdyby zamawiający prawidłowo oszacował wartość zamówienia nie tylko dla „Akcji Zima”, ale również dla pozostałych elementów ofert, to wartości zamówienia obliczone przez zamawiającego w stosunku do wartości ujętych w ofertach byłyby jeszcze bardziej rozbieżne. W związku z powyższym stwierdził, że zamawiający był zobowiązany do wezwania do złożenia wyjaśnień. Z treści przepisu art. 34 Pzp wynika bowiem, że podstawą ustalenia wartości zamówienia na usługi powtarzające się okresowo jest łączna wartość zamówień tego samego rodzaju udzielonych w terminie poprzednich 12 miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym z uwzględnieniem zmian ilościowych zamawianych usług oraz prognozowanego na dany rok średniorocznego wskaźnika cen towarów i usług konsumpcyjnych ogółem. Natomiast zamawiający obliczając wartość przedmiotu zamówienia zaniżył ilość zamawianych usług, a części usług nie uwzględnił w obliczeniu. Działanie to wprost narusza przepis art. 32 ust. 2 Pzp, który zakazuje zamawiającemu zaniżenie wartości zamówienia, a także zastosowanie dowolnego sposobu obliczenia wartości zamówienia celem obejścia przepisów ustawy. Zamawiający zastosował również nieprawidłowy średnioroczny wskaźnik towarów i usług konsumpcyjnych ogółem. W swoim wyczeniu wspominał o powiększeniu wartości zamówienia o 20%. W rzeczywistości takiego wskaźnika nie zastosował, ponieważ nie jest uwzględniony w wyczeniu. Zatem obowiązek wezwania był zdaniem odwołującego bezdyskusyjny.

Poza obowiązkiem wykazania braku istnienia rażąco niskiej ceny w stosunku do całego zakresu stanowiącego przedmiot zamówienia zamawiający był zobowiązany zbadać również ceny podane za jednorazowy przejazd dla wszystkich ww. wykonawców. Cena ta zdaniem odwołującego stanowiła dla zamawiającego istotny element kalkulacji ceny czego

dowodem jest wezwanie skierowane do wykonawcy DROMAR w Rejonie 1. Pismem o sygn. ZDM.46287.2018 w dniu 3 września 2018 r. zamawiający wezwał do złożenia wyjaśnień dotyczących ceny oferty przedsiębiorcę DROMAR. Wątpliwości zamawiającego dotyczyły cen zaoferowanych na Rejonie 1 w zakresie dwóch rodzajów usług:

- za dobę prowadzenia „Akcji zima” - pozycja 1 Formularza ofertowego;
- za „Przejazd jednorazowy” - pozycja 2 Formularza ofertowego.

Przedsiębiorca ten w swojej ofercie w zakresie Rejonu 1 zaoferował:

- za dobę prowadzenia „Akcji zima” - pozycja 1 Formularza ofertowego - 4 997,00 zł za jedną usługę dobową na powierzchni 271 901,05 m²;
- za przejazd jednorazowy - pozycja 2 Formularza ofertowego - 2 477,00 zł za jedną usługę na powierzchni 271 901,05 m².

Przyjmując dla celów porównawczych wspólną jednostkę miary - 100 m² uzyskał następujące ceny za wykonanie tych usług:

REJON 1 - OBMIAR 271 901,05 m²

L.p.	Czynność	Cena brutto za obsługę 271 901,05 m ²	Cena za obsługę 100 m ² /brutto
1.	dobę prowadzenia "Akcji Zima"	4 997,00 zł	1,83780 zł
2.	przejazd jednorazowy	2 477,00 zł	0,91100 zł

Ceny na poziomie 1,83780 zł za obsługę 100m² brutto w okresie doby prowadzenia „Akcji zima”, a także w wysokości 0,91100 zł za przejazd jednorazowy zostały uznane za zamawiającego za rażąco niskie. Wynika to z informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy DROMAR. Tym samym zamawiający kierując się zasadą wyrażoną w art. 7 Pzp powinien w celu zachowania uczciwej konkurencji kierować się tymi samymi zasadami w stosunku do wszystkich wykonawców we wszystkich rejonach. Skoro ceny firmy DROMAR na wskazanym wyżej poziomie w ocenie zamawiającego były rażąco niskie to tym samym ceny zaoferowane na innych rejonach również są rażąco niskie.

I tak w przypadku:

- rejonu 4 - OBMIAR 606 824 m²

2B K. B.

L.p.	Czynność	Cena brutto za obsługę 606 824 m ²	Cena za obsługę 100m ² / brutto	Różnica ceny w stosunku do wartości krytycznej
1.	przejazd jednorazowy	3 820,00 zł	0,6295 zł	0,28 zł

Cena brutto 0,6295 zł w przeliczeniu na 100m² w pozycji przejazd jednorazowy jest o 30,90% niższa od ceny w przeliczeniu na 100m² zaoferowanej przez DROMAR w Rejonie nr 1 - 0,91100 zł, na którym cena została uznana za rażąco niską.

W skali jednorazowego przejazdu zaniżenie wartości w stosunku do odrzuconej stawki wynosi 606 824 m² x 0,28 zł / 100 1 699,10 zł

W skali całego zamówienia gdzie ustalono ilość przejazdów na 100 wynosi to:

100 x 1 699,10 zł - 169 910,00 zł o taką wartość w stosunku do wartości uznanej przez zamawiającego za krytyczną została zaniżona oferta w tej jednej pozycji. Tak więc skoro zamawiający uznał, że niewiarygodną ceną jest 0,91100 zł to tym bardziej cena 0,6295 zł. musi budzić wątpliwości.

- rejonu 9 - OBMIAR 9 i 9A - 458 427,5 m²

2B K. B.

L.p.	Czynność	Cena brutto za obsługę 458 427,50m ²	Cena za obsługę 100m ² / brutto	Różnica ceny w stosunku do wartości krytycznej
1.	przejazd jednorazowy	2 810,00 zł	0,6130 zł	0,29 zł

Cena brutto 0,6130 zł w przeliczeniu na 100m² w pozycji przejazd jednorazowy jest o 32,71% niższa od ceny w przeliczeniu na 100m² zaoferowanej przez DROMAR w Rejonie nr 1 - 0,91100 zł, na którym cena została uznana za rażąco niską.

W skali jednorazowego przejazdu zaniżenie wartości w stosunku do odrzuconej stawki wynosi 458 427,50 m² x 0,29 zł / 100 1 329,43 zł

W skali całego zamówienia gdzie ustalono ilość przejazdów na 100 wynosi to:

100 x 1 329,43 zł - 132 943,00 zł o taka wartość w stosunku do wartości uznanej przez zamawiającego za krytyczną została zaniżona oferta w tej jednej pozycji.

REMONDIS GLIWICE SP. Z O.O.

L.p.	Czynność	Cena brutto za obsługę 458 427,50m ²	Cena za obsługę 100m ² / brutto	Różnica ceny w stosunku do wartości krytycznej
1.	przejazd jednorazowy	1 900,00 zł	0,4145 zł	0,49 zł

Cena brutto 0,4145 zł w przeliczeniu na 100m² w pozycji przejazd jednorazowy jest o 54,50% niższa od ceny w przeliczeniu na 100m² zaoferowanej przez DROMAR w Rejonie nr 1 - 0,91100 zł, na którym cena została uznana za rażąco niską.

W skali jednorazowego przejazdu zaniżenie wartości w stosunku do odrzuconej stawki wynosi 458 427,50 m² x 0,49 zł / 100 - 2 246,29 zł

W skali całego zamówienia gdzie ustalono ilość przejazdów na 100 wynosi to:

100 x 2 246,29 zł - 224 929,00 zł o taka wartość w stosunku do wartości uznanej przez zamawiającego za krytyczną została zaniżona oferta w tej jednej pozycji.

Tak więc w ocenie odwołującego poza istnieniem przesłanki do wezwania w zakresie ceny oferty za cały przedmiot zamówienia obowiązkiem zamawiającego było także wezwanie do złożenia wyjaśnień co do elementów ceny oferty w tym w szczególności podania kalkulacji cen dla „przejazdu jednorazowego” lub odrzucenie oferty wykonawców, bowiem wyższą niż podane przez ww. wykonawców cenę uznał za niewiarygodną.

Brak możliwości odniesienia się do wyjaśnień, z powodu zaniechania czynności przez zamawiającego utwierdziło odwołującego jedynie w przekonaniu, że oferty wszystkich wyżej wymienionych wykonawców są ofertami z rażąco niskimi cenami i podlegają odrzuceniu na podstawie art. 89 ust. 1 pkt. 4 Pzp. Odwołujący podkreślił przy tym, że zamawiający w SIWZ ustalił w pkt 17 sposób obliczenia ceny m.in. wskazał, że cena ma uwzględniać zakres zamówienia określony w SIWZ i że nie ulegnie ona zmianie w trakcie trwania umowy. W zakresie usługi zimowego utrzymania dróg, oczyszczania ze śniegu, likwidacji śliskości rozróżniono dwie usługi o wyodrębnionych stawkach. Zamawiający przewidział usługę polegającą na jednorazowym przejeździe oraz usługę w systemie dobowym - wielokrotny przejazd. Każda z tych usług miała objąć swoim działaniem całą powierzchnię rejonu i doprowadzić do uzyskania nawierzchni oczyszczonej wolnej od zagrożeń zimowych. Aby w sposób należyty wykonać usługę przed rozpoczęciem zabezpieczenia środkami chemicznymi nawierzchnie powinny zostać oczyszczone mechanicznie ze śniegu - odgarnięte. W zakresie zabezpieczenia dróg zgodnie z SIWZ wykonawca miał wykorzystywać środki chemiczne i uszaruszniające zgodnie z Rozporządzeniem Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 r. w sprawie rodzaju i warunków stosowania

środków jakie mogą być użyte na drogach publicznych oraz ulicach i placach (Dz. U. nr 230 poz. 1960). Wskazane usługi różnią się pomiędzy sobą czasem trwania a także przede wszystkim krotnością świadczenia

- w przypadku jednorazowego przejazdu usługa miała być wykonana jednokrotnie poprzez mechaniczne odgarnięcie opadu do około 3 cm i likwidację śliskości zimowej przy zastosowaniu środków chemicznych zgodnie z Rozporządzeniem i wymaganiami ochrony środowiska

- w przypadku systemu dobowego wykonawca wykonuje te same czynności jak w przypadku przejazdu jednorazowego przy czym są one powtarzane przez okres 24 godzin. To wielokrotność jednokrotnego przejazdu.

Ponadto odwołujący wyjaśnił, że w przypadku „przejazdu jednorazowego” w SIWZ zamawiający ustalił, co stanowi jego koszt, a więc część składową ceny. I tak przede wszystkim o wartości tej ceny decyduje koszt środków chemicznych, które są wymagane do usunięcia gołodzi i oblodzeń, a także zapobiegania powstawaniu oblodzenia i śliskości pośnieowej. Zgodnie z przywołanym Rozporządzeniem Ministra Środowiska, a w szczególności załącznikiem numer 1 do tego rozporządzenia należy zastosować środki chemiczne w ilości 25-30g na m² NaCl. Jest to dawka niezbędna i zgodna z obowiązującym prawem do usunięcia/likwidacji pozostałości świeżego opadu po przejściu pługów, a taką sytuację opisano w punkcie 2p) i 2s) SOPZ. Zaoferowane ceny nie pokrywają kosztów materiału niezbędnych do wykonania zamówienia.

Przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego zgłosili

wykonawcy:

- M. K. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą Zakład Usług Drogowych i Komunalnych "DROMAR" M. K. z siedzibą w Stanicy zwany dalej „DROMAR”, który złożył ofertę w ramach rejonu 2;
- K. B. prowadzący działalność gospodarczą pod nazwą 2B K. B. z siedzibą w Gliwicach zwany dalej „2B”, który złożył ofertę w ramach rejonu 2, 4 i 9;
- REMONDIS GLIWICE Sp. z o.o. z siedzibą w Gliwicach zwany dalej „Remondis”, który złożył ofertę w ramach rejonu 9.

Odwołujący pismem z dnia 16 października 2018 r. poinformował o wycofaniu odwołania w zakresie czynności i zaniechań zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do zarzutów dotyczących rejonu 2. Natomiast na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania złożył oświadczenie o wycofaniu zarzutu nr 4 zawartego w odwołaniu dotyczącego naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 Pzp.

Na posiedzeniu niejawnym z udziałem stron i uczestników postępowania wykonawca Remondis złożył pismo procesowe, w którym wniósł o oddalenie odwołania.

Krajowa Izba Odwoławcza, uwzględniając dokumentację postępowania, dokumenty zgromadzone w aktach sprawy i wyjaśnienia złożone na rozprawie przez strony i uczestników postępowania odwoławczego, ustaliła i zważyła, co następuje.

Na wstępie Izba ustaliła, że odwołujący spełnia określone w art. 179 ust. 1 Pzp przesłanki korzystania ze środków ochrony prawnej, tj. ma interes w uzyskaniu zamówienia, a naruszenie przez zamawiającego przepisów Pzp może spowodować poniesienie przez niego szkody polegającej na utracie możliwości uzyskania zamówienia. Nie została wypełniona także żadna z przesłanek ustawowych skutkujących odrzuceniem odwołania, wynikających z art. 189 ust. 2 Pzp.

Wobec spełnienia przesłanek określonych w art. 185 ust. 2 i 3 Pzp, Izba dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym, jako uczestników wykonawców 2B oraz Remondis, zgłaszających przystąpienie do postępowania odwoławczego po stronie zamawiającego.

Izba nie dopuściła do udziału w postępowaniu odwoławczym wykonawcy DROMAR, który zgłosił swoje przystąpienie po stronie zamawiającego.

Przesłanki przystąpienia uregulowane zostały w art. 185 ust. 2 Pzp, który stanowi, że

wykonawca może zgłosić przystąpienie do postępowania odwoławczego w terminie 3 dni od dnia otrzymania kopii odwołania, wskazując stronę, do której przystępuje i interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Zgłoszenie przystąpienia doręcza się Prezesowi Izby w postaci papierowej albo elektronicznej opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a jego kopię przesyła się zamawiającemu oraz wykonawcy wnoszącemu odwołanie. Przywołana regulacja zawiera niezbędne przesłanki przystąpienia, z których na pierwszy plan wysuwa się interes wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Potwierdza to art. 185 ust. 3 Pzp głosząc, że wykonawcy, którzy przystąpili do postępowania odwoławczego, stają się uczestnikami postępowania odwoławczego, jeżeli mają interes w tym, aby odwołanie zostało rozstrzygnięte na korzyść jednej ze stron.

Orzecznictwo przyjmuje, że pojęcie interesu wykonawcy w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje ma szerszy zakres przedmiotowy, niż wskazane w art. 179 ust. 1 Pzp pojęcie interesu w uzyskaniu danego zamówienia, jednak nie jest ono nieograniczone.

Zdaniem Izby wykonawca będzie miał interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje, jeśli można racjonalnie stwierdzić, że określone orzeczenie Izby będzie miało znaczenie dla danego wykonawcy. Z art. 185 ust. 2 Pzp wynika ponadto, że wskazanie interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje należy do wykonawcy. Przez wskazanie nie należy rozumieć wyłącznie formalnego oświadczenia stwierdzającego, że zdaniem wykonawcy ma on interes w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje. Wskazanie interesu w uzyskaniu określonego rozstrzygnięcia powinno polegać co do zasady na wytłumaczeniu, dlaczego wykonawca upatruje korzyści dla siebie w danym rozstrzygnięciu. Jakkolwiek art. 185 ust. 3 Pzp nakazuje Izbie badanie tej przesłanki, to fakt istnienia interesu w uzyskaniu rozstrzygnięcia na korzyść strony, do której przystępuje nie może wynikać wyłącznie z domniemania Izby, skoro wykonawca jest zobowiązany do jej wskazania.

Na podstawie dokumentacji postępowania Izba ustaliła, że odwołanie pierwotnie dotyczyło trzech rejonów w ramach postępowania tj. rejonów 2, 4 i 9. Spośród tych rejonów wykonawca DROMAR złożył ofertę w zakresie rejonu 2. Natomiast odwołujący cofnął odwołanie w zakresie czynności i zaniechań zamawiającego w przedmiotowym postępowaniu w odniesieniu do zarzutów dotyczących rejonu 2.

W tym stanie rzeczy Izba nie dopatrzyła się żadnej korzyści, jaką wykonawca DROMAR miałby odnieść z uzyskania rozstrzygnięcia w postępowaniu na korzyść zamawiającego w sytuacji, gdy odwołanie nie dotyczy części zamówienia, o którą się ubiega.

Izba dopuściła w niniejszej sprawie dowody z:

- 1) dokumentacji nadesłanej przez zamawiającego do akt sprawy w kopii potwierdzonej za zgodność z oryginałem w dniu 4 października 2018 r.;
- 2) złożonych na posiedzeniu i rozprawie:
 - przez odwołującego: kalkulacji indywidualnej przejazdu jednorazowego w rejonach 4 i 9, rozporządzenia Ministra Środowiska z dnia 27 października 2005 r. w sprawie rodzajów i warunków stosowania środków, jakie mogą być używane na drogach publicznych oraz ulicach i placach wraz załącznikami, zestawienia poziomu cen soli drogowej wiodących dostawców na podstawie najnowszych ogłoszeń o udzieleniu zamówień publicznych, dwóch kosztorysów ofertowych dla zamówienia pn. „Dostawa soli drogowej, chlorku wapnia do magazynów znajdujących przy autostradzie A1 Oddziału GDDKiA w Katowicach” oraz szczegółowego zestawienia cen netto poszczególnych pozycji zawartych w formularzu ofertowym dla rejonu 4 i 9;
 - przez zamawiającego: pisma odwołującego z dnia 4 września 2018 r. przesłanego zamawiającemu wraz z załącznikami oraz roboczych zestawień dotyczących badania rażąco niskiej ceny w rejonach 4 i 9.

W zakresie zarzutów dotyczących rejonu 2 oraz naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 Pzp (zarzut nr 4), Izba umorzyła postępowanie odwoławcze z uwagi na ich wycofanie przez odwołującego. Do merytorycznego rozpoznania pozostały trzy zarzuty dotyczące rejonów 4 i 9, które - wobec zgromadzonego materiału dowodowego - zostały oddalone.

Z zestawienia obrazującego dokonanie szacunkowej wartości zamówienia wynika, że szacunkowa wartość zamówienia powiększona o podatek VAT wynosiła w ramach rejonu 4 2 640 000,00 zł, a w ramach rejonu 9 - 1 650 000,00 zł. Kwoty te zostały następnie podane przez zamawiającego na otwarciu ofert dokonany w dniu 27 sierpnia 2018 r. jako kwoty przeznaczone na sfinansowanie zamówienia w ramach odpowiednio rejonu 4 i 9.

W pkt 17 SIWZ dotyczącym opisu sposobu obliczenia ceny oraz we wzorze formularza ofertowego dla rejonu 4 i 9 zamawiający zawarł adnotację, że: Szacunek ilościowy prac określony w Formularzu Ofertowym - Zał Nr 1, został określony wyłącznie po to aby dać Wykonawcom wspólną podstawę wyceny oferty. Liczba zamawianych usług może ulec zmianie w trakcie realizacji umowy, jednakże wartość całkowita zamówienia nie może przekroczyć kwoty przeznaczonej na to zadanie w budżecie Zamawiającego. Jak wynika z formularza ofertowego dla rejonu 4 wycenie w tej części zamówienia miały podlegać cztery czynności:

- doba prowadzenia „Akcji Zima” - szacunkowa ilość prac 60;
- przejazd jednorazowy - szacunkowa ilość prac 100;
- doba prowadzenia „Akcji Zima” w rejonie 4A - szacunkowa ilość prac 110;
- poziomowe zmiatanie rejonu - szacunkowa ilość prac 2.

Podobnie dla rejonu 9 - jak wynika ze wzoru formularza ofertowego dla tej części - wycenie miały podlegać także cztery czynności:

- doba prowadzenia „Akcji Zima” - szacunkowa ilość prac 60;
- przejazd jednorazowy - szacunkowa ilość prac 100;
- doba prowadzenia „Akcji Zima” w rejonie 9A - szacunkowa ilość prac 110;
- poziomowe zmiatanie rejonu - szacunkowa ilość prac 2.

W ramach rejonu 4 zostały złożone dwie oferty:

- przystępującego 2B na kwotę 1 701 700,00 zł;
- odwołującego na kwotę 1 928 900,00 zł.

Natomiast dla rejonu 9 zostały złożone cztery oferty:

- przystępującego Remondis na kwotę 885 710,00 zł;
- przystępującego 2B na kwotę 1 241 550,00 zł;
- odwołującego na kwotę 1 273 800,00 zł;
- wykonawcy Zakładu Robót Drogowych ORFIN na kwotę 1 431 578,74 zł.

Jeśli chodzi o zarzut rażąco niskiej ceny w stosunku do całego zakresu stanowiącego przedmiot zamówienia dla obu rejonów Izba przyjęła stanowisko przystępującego Remondis zawarte w jego piśmie procesowym uznając, że w zakresie porównania ceny skarżonych ofert z wartością szacunkową zamówienia, należy zwrócić uwagę na fakt, iż zgodnie z uwagą zawartą w pkt 17 SIWZ oraz formularzu ofertowym, szacowane ilości na podstawie, których wyliczano ceny ofertowe zostały określone wyłącznie po to, aby dać wykonawcom wspólną podstawę wyceny oferty. A zatem, ceny podane w formularzach ofertowych służyły temu, aby zapewnić porównywalność ofert cenowych, natomiast nie miały być porównywane z wartością oszacowaną przez zamawiającego lub przeznaczoną przez niego na sfinansowanie zamówienia. Powyższa okoliczność miała istotne znaczenie dla ustalenia adekwatnego punktu odniesienia dla porównania ceny ofertowej pod kątem rażąco niskiej ceny. Przy przyjętej przez zamawiającego konstrukcji, takim punktem odniesienia nie była wartość szacunkowa, która określana była odmiennie niż wzór przyjęty dla wyliczenia ceny ofertowej. Adekwatną wartością, spośród dwóch wskazanych w art. 90 ust. 1a Pzp, była średnia arytmetyczna złożonych w postępowaniu ofert, których porównanie mogłoby stworzyć ewentualną podstawę dla powzięcia wątpliwości co do charakteru zaoferowanej ceny. W przypadku przedmiotowego postępowania, rozbieżność pomiędzy ceną ofert przystępujących, a średnią arytmetyczną ze wszystkich cen zaoferowanych w rejonach 4 i 9 nie osiągnęły poziomu 30%. Wobec tego zamawiający prawidłowo ustalił, iż nie ma podstaw, aby zwracać się do przystępujących o udzielenie wyjaśnień dotyczących ceny ofert, gdyż zgodnie z art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp, rozbieżność pomiędzy ceną oferty, a wartością

szacunkową zamówienia powiększoną o podatek VAT wynika z okoliczności oczywistych, które nie wymagają wyjaśnienia, zaś rozbieżność pomiędzy ceną ofert przystępujących, a średnią wszystkich złożonych ofert nie osiąga 30%.

Podobnie w ocenie Izby zarzut ten nie potwierdził się wobec ceny wskazanej przez przystępujących odnośnie przejazdu jednorazowego. Argumentacja zawarta w odwołaniu w znacznej mierze oparła się na twierdzeniu, iż odrzucenie oferty wykonawcy DROMAR w rejonie 1 na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp oznaczało, iż stawka przyjęta przez tego wykonawcę za usługę przejazdu jednorazowego w rejonie 1 w przeliczeniu na 100 m² jest rażąco niska, a tym samym, rażąco niska jest stawka zaoferowana przez przystępujących w rejonach 4 i 9 (gdyż po przeliczeniu na 100 m² jej wartość jest niższa). Taka argumentacja opierająca się w sposób zbyt daleko idący na przykładzie innego wykonawcy w ramach innej części zamówienia nie uzasadniała konieczności wezwania przystępujących do złożenia wyjaśnień w trybie art. 90 ust. 1 Pzp. Ponadto przepis ten ma zastosowanie jeżeli istotne części składowe zaoferowanej ceny lub kosztu wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia, co oznacza, że zamawiający ma w tym zakresie swobodę co do podjęcia działań w przeciwnieństwie do przesłanek określonych w art. 90 ust. 1a pkt 1 Pzp. W zakresie cen ofert przystępujących jak i ich części składowych dla rejonu 4 i 9 zamawiający nie powziął podejrzeń i wątpliwości (Izba nie doszukała się takowych w przekazanej dokumentacji i nie może stanowić ich potwierdzenia pismo odwołującego przekazane zamawiającemu z dnia 4 września 2018 r. gdyż pochodzi ono od odwołującego i zawiera jego stanowisko w przedmiotowej sprawie). Odnośnie cen za przejazd jednorazowy nie znajduje zastosowania także przepis art. 90 ust. 1a Pzp ponieważ przesłanki w nim określone dotyczą całkowitej ceny oferty, a nie ceny jej części składowych. Dodatkowo z informacji o odrzuceniu oferty wykonawcy DROMAR z dnia 17 września 2018 r. nie wynika, iż zamawiający uznał wartość zaoferowaną za usługę przejazdu jednorazowego za rażąco niską. Zamawiający wskazał jedynie, że „Złożone wyjaśnienia (utajnione przez Wykonawcę) nie tylko nie rozwiały wątpliwości a wręcz potwierdziły przypuszczenia Zamawiającego, że oferta zawiera rażąco niską cenę”.

Reasumując Izba uznała, że zarzut naruszenia art. 90 ust. 1 w ramach rejonów 4 i 9 zamówienia poprzez zaniechanie wezwania do złożenia wyjaśnień w zakresie rażąco niskiej ceny jak i jej elementów pomimo zaistnienia przesłanek wskazanych w art. 90 ust. 1a Pzp, nie znalazł potwierdzenia, zatem został oddalony.

W związku z powyższym tym bardziej na uwzględnienie nie zasługuje zarzut naruszenia art. 89 ust. 1 pkt 4 Pzp dla rejonów 4 i 9 zamówienia. Skoro Izba uznała, że zamawiający nie naruszył w ramach rejonu 4 i 9 przepisów zawartych w art. 90 ust. 1 lub 1a Pzp, których zastosowanie poprzedza odrzucenie ofert wykonawców zawierających rażąco niskie ceny lub koszty w stosunku do przedmiotu zamówienia to nie może znaleźć potwierdzenia zarzut wskazany w zdaniu wcześniejszym, zatem także i ten zarzut w ocenie Izby należy oddalić.

Ponadto poprzez niepotwierdzenie żadnego z ww. zarzutów nie może się także ostać zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp przez naruszenie zasady dotyczącej przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób niezapewniający zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowanie wykonawców, w tym w szczególności w związku z dokonaniem wyboru najkorzystniejszych ofert w rejonie 4 i 9 bez dokonania oceny tych ofert w zakresie rażąco niskiej ceny, gdyż Izba w związku z postawionymi zarzutami nie znalazła potwierdzenia naruszenia zasad określonych ww. przepisie. Tym samym także zarzut naruszenia art. 7 ust. 1 i 3 Pzp w ocenie Izby należy oddalić.

Odnosząc się do kwestii umorzenia postępowania odwoławczego w sentencji wydanego w tej sprawie wyroku - wobec wycofania niektórych zarzutów przez odwołującego - należy wskazać, że w niniejszej sprawie odwołujący w złożonym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej odwołaniu postawił cztery zarzuty dotyczące rejonów 2, 4 i 9. Zarzuty dotyczące rejonu 2 oraz zarzut naruszenia art. 8 ust. 3 w zw. z art. 7 Pzp (zarzut nr 4), zostały wycofane przez odwołującego. Do merytorycznego rozpoznania na rozprawę skierowano trzy zarzuty, które Izba oddaliła, przedstawiając powyżej argumentację w niniejszej sprawie.

Stanowisko Izby w tym zakresie wydaje się być zasadne, z uwagi na brzmienie art. 187 ust. 8 ustawy Pzp. Zgodnie z tym przepisem odwołujący może cofnąć odwołanie do

czasu zamknięcia rozprawy, w takim przypadku Izba umarza postępowanie odwoławcze.

Skoro wykonawca może cofnąć wniesione odwołanie, to tym bardziej uprawniony jest do wycofania części zarzutów. Zatem Ustawodawca zobowiązuje Izbę, w przypadku wycofania do umorzenia postępowania odwoławczego. Logicznym jest, że zobowiązuje Izbę również do umorzenia postępowania odwoławczego, w przypadku wycofania części zarzutów

wniesionego odwołania. Zatem powyższe potwierdza, że Ustawodawca dopuszcza sytuacje w których może dojść do wydania postanowienia umarzającego postępowanie odwoławcze w części zarzutów wycofanych przez wykonawcę w toku postępowania.

Co do konieczności zamieszczenia w sentencji wyroku informacji o częściowym umorzeniu postępowania odwoławczego podzielono identyczne stanowisko przedstawione m. in. w wyroku z dnia 16 grudnia 2016 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 2138/16, wyroku z dnia 17 stycznia 2017 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 17/17, KIO 24/17 oraz wyroku z dnia 24 września 2018 r. wydanym w sprawie o sygn. akt KIO 1817/18.

W związku z powyższym, na podstawie art. 192 ust. 1 Pzp, orzeczono jak w sentencji.

Zgodnie z treścią art. 192 ust. 2 Pzp Izba uwzględnia odwołanie, jeżeli stwierdzi naruszenie przepisów ustawy, które miało wpływ lub może mieć istotny wpływ na wynik postępowania o udzielenie zamówienia. Brak potwierdzenia zarzutów wskazanych w odwołaniu powoduje, iż w przedmiotowym stanie faktycznym nie została wypełniona hipoteza normy prawnej wyrażonej w art. 192 ust. 2 Pzp.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art. 192 ust. 9 i 10 Pzp, tj. stosownie do wyniku postępowania z uwzględnieniem postanowień rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 15 marca 2010 r. w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2010 r., Nr 41, poz. 238) zmienionego rozporządzeniem Prezesa Rady

Ministrów z dnia 9 stycznia 2017 r. zmieniającego rozporządzenie w sprawie wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania oraz rodzajów kosztów w postępowaniu odwoławczym i sposobu ich rozliczania (Dz. U. z 2017 r., poz. 47), w tym w szczególności § 5 ust. 4.

Przewodniczący: